

VU Research Portal

De rechtspersoon als commissaris

de Roo, K.H.M.

published in

Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Roo, K. H. M. (2015). De rechtspersoon als commissaris. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2015(3), 106-111. https://www.researchgate.net/publication/282766205_De_rechtspersoon_als_commissaris

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De rechtspersoon als commissaris

Een (her)waardering van art. 2:140/250 lid 1 BW

In tegenstelling tot de commissarisfunctie genieten de personen die deze functie vervullen weinig aandacht van de wetgever. Sterker nog, de wet sluit een categorie actoren uit van de vervulling van het commissariaat: op grond van art. 2:140/250 lid 1 BW is benoembaarheid beperkt tot natuurlijke personen. Indien het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ongewijzigd wordt ingevoerd komt deze beperking in de volle breedte van het rechtspersonenrecht te gelden. In deze bijdrage staat de keuze voor beperking tot natuurlijke personen centraal. Van welke waarde kan de tot commissaris benoemde rechtspersoon zijn en in hoeverre past deze binnen het geldend recht?



1. Inleiding

De functie van intern toezichthouder wordt – mede als gevolg van boekhoudschandalen en zwaar economisch tij – al enige tijd een centrale positie toegedacht in de *governance* van kapitaalvennootschappen. Tegen die achtergrond mag het niet verbazen wanneer in de nasleep van de economische crisis ook in de juridische literatuur wederom stemmen opgaan voor herziening en uitbreiding van de eisen die aan het commissariaat worden gesteld.¹ Veelal wordt ter versterking van de interne toezichtsfunctie ingegrepen in bevoegdheden en kwaliteitseisen. Exponenten hiervan zijn de uitbreiding van de bevoegdheden van de Raad van Commissarissen (verder: RvC) ten aanzien van de aanpassing en terugvordering van bonussen (*clawback*) en de deskundigheidseisen gesteld aan de door de Corporate Governance Code voorgeschreven ‘financieel expert’.

Aan de benoembaarheid van personen die deze functie vervullen is verhoudingsgewijs weinig aandacht geschonken door de wetgever. Sterker nog, Boek 2 BW bevat een bepaling die een categorie actoren van het commissariaat (en daarmee de invulling van het gestelde kader) uitsluit: op grond van art. 2:140/250 lid 1 BW dienen commissarissen natuurlijke personen te zijn.² Indien het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ongewijzigd wordt ingevoerd komt deze beperking ook te gelden binnen de regeling van vereniging en stichting. In de in het Voorontwerp voorgestelde artikelen 2:47 lid 1 en 2:292a lid 1 BW wordt het lidmaatschap van het toezicht-

houdend orgaan van vereniging en stichting op een aan het vennootschapsrecht gelijke wijze beperkt; een opvallend en niet zonder kritiek ontvangen voorstel, gegeven dat binnen de ideële sector reeds gebruik wordt gemaakt van rechtspersonen als toezichthouder.³ Dat de uit het vennootschapsrecht afkomstige beperking van de kring van benoembare personen in de volle breedte van het rechtspersonenrecht wordt voorgesteld, is reden om de oorspronkelijke keuze onder de loep te nemen. Van welke waarde kan de figuur van de tot commissaris benoemde rechtspersoon – de ‘rechtspersoon-commissaris’ – zijn en in hoeverre past deze binnen het geldend recht? Ter beantwoording van deze vraag wordt besproken hoe het verschil tussen de regelingen van commissarissen en bestuurders tot stand is gekomen, welke mogelijkheden inpassing van de rechtspersoon-commissaris zou kunnen bieden en welke horden het geldend recht te dien aanzien in zich bergt.

2. Rechtspersoonlijkheid in bestuur en RvC: vanwaar een verschillende behandeling?

Waar art. 2:140 en 250 BW uitdrukkelijk de figuur van de rechtspersoon-commissaris verbieden bevat Boek 2 geen vergelijkbare bepaling voor de rechtspersoon-bestuurder. In tegendeel, deze figuur wordt in art. 2:11 BW erkend. Deze discrepantie is opmerkelijk omdat aanvankelijk in gelijke regelgeving voor de figuren rechtspersoon-bestuurder en rechtspersoon-commissaris was voorzien. De ontstaansgeschiedenis van de genoemde bepalingen kan helpen een duidelijker beeld te krijgen

* Mr. K.H.M. de Roo is student aan King’s College London. Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht gehouden ter gelegenheid van de debatmiddag ‘Dynamiek in de Board Room’ (d.d. 15 januari jl.) georganiseerd door het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit.

1. M. Koelemeijer, ‘De commissaris anno 2013’, *TvOB* 2013, afl. 2.

2. Vgl. s. 155 Companies Act 2006 (Engeland) houdende dat slechts is vereist dat minstens één *director* een natuurlijk persoon is, en dat aan deze eis reeds is voldaan indien deze functie wordt vervuld door een *corporation sole* (een rechtsfiguur waarmee een ambt of functie wordt aangeduid, zoals een kerkelijke- of overheidsfunctie). In de op 26 maart jl. aangenomen *Small Business, Enterprise and Employment Act 2015* wordt deze mogelijkheid van *corporate directors* in beginsel afgeschaft (s. 87), waarbij ruimte is gelaten voor benoembaarheid van rechtspersonen ‘where the use of corporate directors presents a low risk of illicit activity and is of high value to the running of a company’ (Department for Business, Innovation & Skills, *Small Business, Enterprise and Employment Act: Companies: Transparency*, p. 4).

3. Voorbeelden uit de ideële sector zijn het toezicht uitgeoefend door de Stichting ter bevordering van Culturele en Maatschappelijke Beschikkingen en door kerkelijke organisaties (zie de reacties op consultatie door het ZIFO (p. 3) respectievelijk de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (p. 11)).

van de hieraan ten grondslag liggende redengeving en de stand van de oordeelsvorming omtrent rechtspersoonlijkheid in de RvC.

2.1. *Van algehele beperking tot algehele openstelling*

De twee rechtsfiguren deden hun intrede in het parlementair debat bij de beraadslaging over het wetsontwerp van 1910 tot herziening van het Wetboek van Koophandel (verder: Ontwerp 1910). In art. 48a Ontwerp 1910 was opgenomen dat 'slechts natuurlijke personen [tot] bestuurder benoembaar [zijn]'; een bepaling die via een schakelbepaling mede van toepassing zou zijn op het commissariaat.⁴ Ter onderbouwing van deze keuze werd gesteld dat de wenselijkheid vooral voortvloeit uit het bestaande systeem van (kwalitatieve) bestuurdersaansprakelijkheid, waarbinnen aansprakelijkstelling van de achterliggende bestuurder – waarin naar huidig recht is voorzien in art. 2:11 BW – niet mogelijk was.⁵ Voorts werd de gelijkschakeling van bestuurder en commissaris gerechtvaardigd door het standpunt dat de overeenkomstigheden tussen de twee functionarissen, waar het hun relatie tot de vennootschap betreft, dwingen tot gelijke toepassing op dit punt.⁶

Het voornemen van een algehele beperking tot natuurlijke personen vond geen gewillig gehoor bij de praktijk die in de rechtspersoon een handzaam instrument had gevonden voor onder meer structurering van concernbesturen. Deze oppositie vond weerklank in het rapport van de Commissie van Voorbereiding, waarin naast de mogelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder een aanpak voor aansprakelijkheid werd aangedragen waarbij, indien de rechtspersoon-bestuurder door een derde wordt aangesproken wegens verwaarlozing van de bestuurstaak, de rechtspersoon-bestuurder de (achterliggende) tweede-graads bestuurder ter verantwoording kan roepen.⁷ De geuite bezwaren bleken reeds voldoende om de algehele beperking uit het voorstel te schrappen zonder daarbij een bijzondere aansprakelijkheidsregeling op te nemen, hetgeen resulteerde in de wet van 1928 waarin de vraag naar de mogelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder en -commissaris werd beantwoord door weglating van een bepaling die rechtspersonen van deze functies uitsluit.⁸

2.2. *De Vijfde Richtlijn: bestuur door natuurlijke personen, toezicht door rechtspersonen*

De discussie werd na enige stilte hervat in het kader van het voorstel voor de Vijfde EG-Richtlijn. Art. 5 lid 1 van het voorstel bepaalde dat slechts natuurlijke personen bestuurders kunnen zijn, terwijl lidmaatschap van het

toezichthoudend orgaan – in Nederlandse context de RvC – open zou staan voor zowel natuurlijke als rechtspersonen.⁹ In de toelichting werd opgemerkt dat 'de aard van de taken van het orgaan van toezicht (...) niet in dezelfde mate [als voor het orgaan van bestuur] een beperking tot natuurlijke personen noodzakelijk [maakt]'; een bewering die echter niet werd onderbouwd. De facilitering van de rechtspersoon-commissaris diende volgens het voorstel evenwel gepaard te gaan met voorzieningen ter voorkoming van misbruik van rechtspersoonlijkheid, hetgeen was uitgewerkt in de bepaling dat de rechtspersoon-commissaris slechts door een permanent vertegenwoordiger in het toezichthoudend orgaan kan worden vertegenwoordigd.¹⁰

In Nederland werd dit tweede initiatief om rechtspersoonlijkheid uit het bestuur te weren wederom slecht ontvangen. In het kritische rapport van de Commissie Vennootschapsrecht werd gewezen op de voordelen die verbonden zijn aan de rechtspersoon-bestuurder, onder welke de centralisatie van taakuitoefening in concernverband. Op basis hiervan concludeerde de Commissie dat zij geen aspect van de bestuurstaak zag die de voorgestelde beperking rechtvaardigt. Omdat de tegenstand voornamelijk opkwam uit de voorgenomen beperking ten aanzien van bestuurders, bevat het rapport geen kritiek op de figuur van de rechtspersoon-commissaris, ten aanzien van wie juist de voorkeur werd uitgesproken voor een vorm van ketenaansprakelijkheid vergelijkbaar met het huidige art. 2:11 BW boven het voorstel van een permanent vertegenwoordiger.¹¹

Omdat de Vijfde Richtlijn wegens onvoldoende overeenstemming in de Raad nooit in werking is getreden, bleef een algemene beperking van het commissariaat tot natuurlijke personen uit tot aan de invoering van de derde antimisbruikwet.¹² Wel was een gelijksoortige beperking voor grote naamloze vennootschappen reeds aangebracht bij invoering van de structuurregeling in 1971, waarbij opmerkelijk is dat de keuze hiervoor niet onderbouwd en onbesproken is gebleven.¹³

2.3. *Van algehele openstelling naar divergentie*

Waar de beperking tot natuurlijke personen bij de totstandkoming van de structuurregeling geen reden bleek voor enige gedachtewisseling, kreeg de uitbreiding van deze specifieke bepaling tot het commissariaat binnen kapitaalvennootschappen in het algemeen meer parlementaire aandacht. Het voorstel voor de derde antimisbruikwet bevatte de eerder voorgestelde bepaling van ketenaansprakelijkheid die aanvankelijk uitging van het geval

4. *Kamerstukken II* 1909/10, 217, 2, p. 8-10.

5. *Kamerstukken II* 1909/10, 217, 3, p. 36 (MvT).

6. *Kamerstukken II* 1909/10, 217, 3, p. 40 (MvT).

7. *Kamerstukken II* 1924/25, 69, 1, p. 28.

8. *Stb.* 1928, 216.

9. J.M.M. Maeijer (red.), *Bundel naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1994 (losbl.), p. VIea-18.

10. J.M.M. Maeijer (red.), *Bundel naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1994 (losbl.), p. VIe-25.

11. *Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht inzake het voorstel voor een vijfde richtlijn van de Raad van de EG met betrekking tot de structuur van de nv*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1974, art. 5.

12. Mededeling van 9 januari 2004 betreffende intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn (*PbEU* 2004, C 5/4).

13. De keuze voor uitsluitende benoembaarheid van natuurlijke personen als commissaris wordt genoemd maar niet onderbouwd (*Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 16 (MvT)).

waarin een rechtspersoon bestuurder dan wel commissaris is.¹⁴ Het oorspronkelijke art. 2:11 BW – waaruit nu de mogelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder wordt afgeleid – liet dus ook voor het commissariaat de benoembaarheid van rechtspersonen open. In het parlement werden echter vraagtekens geplaatst bij de wenselijkheid van beide figuren.

Voor een van de coalitiepartners in de Tweede Kamer bood het praktisch nut van de rechtspersoon-bestuurder in concernverband voldoende tegenwicht tegen bezwaren omtrent eventuele aansprakelijkheidsproblematiek. De rechtspersoon-commissaris kon volgens hen evenwel niet worden gerechtvaardigd op vergelijkbare gronden omdat het vennootschapscommissariaat zou vragen om ‘persoonlijke taakvervulling’.¹⁵ Ondanks dat dit van het bestuurslidmaatschap afwijkende bijzondere karakter niet nader werd geduid, gaf de minister aan het argument van de persoonlijke taakvervulling – om onbenoemde redenen – overtuigend te achten.¹⁶ Op dezelfde dag werd de rechtspersoon-commissaris uit het voorstel verwijderd en werd het uitdrukkelijk verbod van art. 2:140/250 lid 1 BW toegevoegd.¹⁷

2.4. Stand van de oordeelsvorming

De beperking tot natuurlijke personen is tot stand gekomen zonder dat sprake is geweest van een behoorlijke gedachtewisseling. Waar de insteek aanvankelijk gelijk was en neigde naar algehele uitsluiting van rechtspersonen als bestuurders en commissarissen, stuitte de Nederlandse wetgever meermaals op bezwaren die ontsproten aan de wil rechtspersonen te gebruiken voor structureren van concernbesturen. In de marge werd daarbij zowel vanuit de Europese wetgever als vanuit de Tweede Kamer geschermd met argumenten die gebaseerd zijn op een verschil in aard tussen de bestuursfunctie en de toezichtsfunctie, maar die tot uiteenlopende standpunten leidden. De oordeelsvorming van de wetgever ten aanzien van de rechtspersoon-commissaris lijkt zich kortom wegens onvoldoende onderbouwing en de focus op de rechtspersoon-bestuurder niet volledig te hebben ontwikkeld, hetgeen noopt tot nadere verkenning.

3. Mogelijkheden van de benoembare rechtspersoon

Verschillende, met de kapitaalvennootschap verbonden professies (zoals de advocatuur en de externe accountancy) hebben een ontwikkeling doorgemaakt waarin de taakuitoefening van de individuele natuurlijke persoon in toenemende mate wordt ondersteund door een professionele organisatie.¹⁸ Een duidelijk voorbeeld hiervan is de uit deze ontwikkeling ontstane structuur van de accountantssector, welke als zodanig wordt erkend en gereguleerd in onder meer de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta).¹⁹ Door de beperking van het commissariaat tot natuurlijke personen is door de wetgever uitgesloten dat commissarissen gebruikmaken van het faciliterend raamwerk dat privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen bieden om een professionele organisatie in onder te brengen, waardoor een vergelijkbare ontwikkeling ter ondersteuning van het commissariaat wordt bemoeilijkt.

Een door het recht gefaciliteerde ondersteuning van het commissariaat in de vorm van een professionele organisatie zou desalniettemin voordelen met zich mee kunnen brengen. Deze voordelen kunnen volgen uit de mogelijkheid dat de (voorbereiding van de) taakuitoefening van de commissaris mede wordt gedragen door een meerhoofdige ondersteuning. Waar de rechtspersoon-commissaris ‘fysiek’ aanwezig is ter vergadering van de RvC middels een (permanent) vertegenwoordiger, kunnen meerdere natuurlijke personen bij de uitoefening van de commissaristaak betrokken zijn.²⁰ In de openstelling van het commissariaat voor de hiervoor geschetste ontwikkeling kan een reden liggen om rechtspersonen niet uit te sluiten van benoembaarheid.

Door de voorbereiding van de taakuitoefening (deels) onder te brengen in een organisatie kan ruimte ontstaan voor meer specialisatie van bij de taakuitoefening betrokken personen, omdat de werkzaamheid van de individuele personen in ondersteunende functies niet het volledige commissariaat hoeft te dekken.²¹ Binnen deze groep personen kan een mate van arbeidsdeling worden toegepast die aansluit op de verschillende werkerterreinen van de commissaris van de bewuste vennootschap, waarbij onder meer te denken valt aan de in de Code vervatte structuur van de beursvennootschappelijke RvC; in het bijzonder

14. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 2, p. 1.

15. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 5, p. 10.

16. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 17 (MvA).

17. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 7, p. 1.

18. Voor een beknopt historisch overzicht van de ontwikkeling van de accountantsorganisatie, zie: P.M. van der Zanden, ‘Accountants in de problemen! Balanscommissaris, een panacee?’, *Ondernemingsrecht* 2014/96.

19. Of vergelijkbare regulering en extern toezicht ook wenselijk is ten aanzien van de verhoudingen binnen de tot commissaris benoemde rechtspersoon valt overigens te betwijfelen. Waar de voor de accountant geldende norm van het publieke of maatschappelijk belang (zie: Th. Limperg (jr.), *De betekenissen van de accountantsverklaring in verband met de verantwoordelijkheid van den accountant*, Purmerend: Muusses 1926, p. 10) dergelijke regulering kan rechtvaardigen, is de vennootschapscommissaris in zijn taakuitoefening genormeerd door het vennootschappelijk belang (art. 2:140/250 lid 2 BW), en is het primair aan de rechtstreeks bij de vennootschap betrokken actoren om toe te zien op de wijze waarop de commissaris zijn taak vervult.

20. Vgl. S.M. Bainbridge & M.T. Henderson, ‘Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards’, *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper* 2013, 646, p. 35-36 (<http://ssrn.com/abstract=2291065>; 11 februari 2015).

21. Ondersteuning die door de organisatie wordt geboden kan ook bestaan in functies (zoals scholing) die op dit moment uit de markt worden betrokken (S.C. Peij (red.), *Handboek Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2011, p. 23 en 157). Het opnemen van deze functies in een organisatie heeft als voordeel dat de in dit verband te maken transactiekosten – de kosten voor het gebruik van de markt – gemiddeld lager zullen liggen dan wanneer de functies worden ‘ingekocht’ (R.H. Coase, ‘The Nature of the Firm’, *Economica* 1937, afl. 16, p. 390-391).

de gerubriceerde onderbrenging van de commissaristaak bij de drie kerncommissies en (wellicht belangrijker) de voorgeschreven benoeming van een 'financieel expert' (Bpb III.3.2 Code).

Naast de mogelijkheden die ondersteuning door een organisatie biedt voor specialisatie, kan zij ook in meer algemene zin bijdragen aan de kwaliteit van (voorbereiding van) de taakuitoefening. Natuurlijke personen – en bovenal de (dikwijls drukbezette) personen die over de kwaliteiten beschikken om een commissariaat naar behoren te vervullen – zijn beperkt in hun beschikbare tijd.²² Door meerdere personen aan te wenden voor de uitoefening van één commissariaat kan de per commissariaat beschikbare tijd toenemen ten opzichte van de huidige situatie waarin de taakuitoefening is gebonden aan de aan individuele natuurlijke personen ter beschikking staande tijd.²³ Hierdoor kan worden genaderd wat Gilson en Kraakman ook wel de *professional director* noemen: een functionaris die zich voltijds kan richten op de taakvervulling in de *board*.²⁴

4. Obstructies en tegenwerpingen

Aangezien het commissariaat deel uitmaakt van een breder rechtspersonenrechtelijk systeem dient acht te worden geslagen op onwenselijke consequenties van benoembaarheid van rechtspersonen.²⁵ De mogelijke probleempunten die in dit kader behandeling behoeven zijn het persoonlijke karakter van het commissariaat, misbruik van rechtspersoonlijkheid, afname van invloed van de Algemene Vergadering (verder: AV) en op natuurlijke personen geënte regelgeving.

4.1. Het commissariaat als persoonlijke functie

Het argument op grond waarvan de benoembaarheid tot natuurlijke personen is beperkt, luidt dat het vennootschapscommissariaat vraagt om een persoonlijke taakvervulling. Dat de toezichtsfunctie een andere mate van persoonlijke taakvervulling zou vergen dan het bestuurs-

lidmaatschap is reeds door verschillende auteurs bestreden.²⁶ Waar de kunstmatigheid van dit verschil het duidelijkst naar voren komt, is binnen het monistisch bestuursmodel. De keuze van de wetgever om concentratie van de bestuurs- en toezichtsfuncties in één orgaan mogelijk te maken, lijkt erop te wijzen dat de uitvoerende- en niet-uitvoerende bestuurders een functie van vergelijkbaar karakter hebben waar het de wijze van taakvervulling betreft. Desondanks kan als niet-uitvoerende bestuurder (bedeeld met een aan het commissariaat gelijkende toezichtsfunctie) slechts een natuurlijk persoon worden benoemd (art. 2:129a/239a lid 1 laatste volzin BW), dit in tegenstelling tot de uitvoerende bestuurder. In de motivering van deze beperking heeft de minister de vraag naar de precieze aard van dit verschil tussen de bestuursfunctie en toezichtsfunctie echter onbeantwoord gelaten.²⁷

Losstaand van dit verschil is de vraag of een persoonlijk karakter van het commissariaat dwingt tot een beperking tot natuurlijke personen. Het persoonlijk karakter kan worden begrepen als de behoefte aan persoonlijke continuïteit; de wens om de wisseling van natuurlijke personen (c.q. vertegenwoordigers van de rechtspersoon-commissaris) in de RvC te beperken of uit te sluiten. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat deze behoefte bestaat met betrekking tot de president-commissaris. Het voorzitterschap van de RvC is een rol die zowel een grote sociale functie heeft binnen de rechtspersoon als in relatie tot derden.²⁸ Persoonlijke continuïteit kan in dat kader ter bestendiging van relaties en vertrouwensbanden wenselijk zijn. Uitsluiting van benoembaarheid van rechtspersonen in deze functie is een adequate optie voor het bereiken hiervan, al staan minder verstrekkende constructies open zoals de in het voorstel voor de Vijfde Richtlijn opgenomen permanent vertegenwoordiger. Dergelijke permanentie kan voorafgaand aan benoeming worden bedongen door de AV.²⁹ Daarenboven staat het de AV vrij om voor bepaalde functies natuurlijke personen te benoemen.

22. Deze door tijd begrensde inzetbaarheid was een van de redenen die de wetgever ertoe hebben bewogen het aantal in een persoon te verenigen commissariaten te maximeren (*Kamerstukken II* 2009/10, 31763, p. 3-4).

23. Ook de vertegenwoordiging in de RvC hoeft niet afhankelijk te zijn van één natuurlijk persoon: het benoemend orgaan kan ervoor kiezen toe te staan dat de taken van de commissaris in de RvC ('fysiek') worden vervuld door wisselende natuurlijke personen die daartoe door de rechtspersoon zijn aangewezen.

24. De professional director wijkt af van de meer traditionele *outside director* in Amerikaanse monistische besturen in die zin dat waar de traditionele variant de functie naast een niet-toezichtgerelateerde betrekking bekleedt, de professional director zich uitsluitend toelegt op director-functies en daarmee meer expertise ontwikkelt en meer tijd beschikbaar heeft om deze expertise aan te wenden (R.J. Gilson & R. Kraakman, 'Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Shareholders', (1991) 43/4 *Stanford Law Review* 863, p. 884-886).

25. 'Change is to be confined to (...) the part which produced the necessary deviation; and even then it is to be effected without a decomposition of the whole civil and political mass' (E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, Londen: George Bell & Sons 1897, p. 295).

26. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 87; J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 122 en Van der Heijden & Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 112-113.

27. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 7; alwaar de minister volhardt in het argument dat de 'opdracht [van de niet-uitvoerende bestuurder] sterk persoonsgebonden is', zonder dat dit standpunt nader wordt toegelicht.

28. Zie over deze spilfunctie en de rol daarvan in de *Ahold*-casus: W.N.J. van Casteren, 'De commissaris als poortwachter van de (beurs)vennootschap?', *O&F* 2005/ 68. De sociale functie van de president-commissaris blijkt duidelijk uit de door Glasz opgestelde gedragsregels (J.R. Glasz, *De commissaris. Aanbevolen gedragsregels*, Deventer: Kluwer 1992, p. 140), in het bijzonder gedragsregel 20.2.2: '[dat] de president-commissaris (...) in een centrum van relatiepatronen staat en elke relatie op vertrouwen aanspraak mag maken'.

29. Het strookt met het facultatieve karakter van de RvC in de reguliere kapitaalvennootschap om deze keuze aan de AV te laten. Voor structuurvennootschappen – waar de RvC verplicht is gesteld indachtig de wegens een gespreid aandelenbestand minder slagkrachtige AV – is evenwel verdedigbaar dat deze permanentie wettelijk wordt voorgeschreven, zoals dit ook geldt voor de *Societas Europaea* (art. 47 lid 1 SE-verordening).

4.2. Misbruik van rechtspersoonlijkheid

Niet wenselijk is de vorming van een praktijk waarin door natuurlijke personen een rechtspersoon als het ware wordt tussengeschoven ter beperking of omzeiling van persoonlijk aansprakelijkheidsrisico.³⁰ Voor de rechtspersoon-bestuurder is hierom in art. 2:11 BW een bepaling opgenomen op grond waarvan naast de rechtspersoon, ook diens bestuurder(s) hoofdelijk aansprakelijk zijn wanneer de eerstgenoemde (in hoedanigheid) aansprakelijk is. Wanneer de bestuurder van de rechtspersoon zelf een rechtspersoon is, wordt de werking van art. 2:11 BW 'doorgetrokken' totdat op de achterliggende natuurlijke persoon wordt gestuit.³¹ Voor zover de rechtspersoon-bestuurder (en eventuele bestuurders hogerop in de keten) is opgericht naar Nederlands recht, geldt deze bepaling van ketenaansprakelijkheid als een effectieve manier om misbruik van rechtspersoonlijkheid te bestrijden.³² Voor deze situaties zou derhalve met het oog op verhinderende van misbruik van de rechtspersoon-commissaris kunnen worden volstaan met uitbreiding van art. 2:11 BW tot het commissariaat.

Hieraan kan worden tegengeworpen dat de werking van art. 2:11 BW op de grenzen van het internationaal privaatrecht kan stuiten. Wegens het heersende incorporatiestelsel (art. 10:118 BW) zou door benoeming van een buitenlandse rechtspersoon als rechtspersoon-bestuurder (c.q. -commissaris) aan de werking van art. 2:11 BW kunnen worden ontkomen, daar ingevolge dit stelsel bestuurdersaansprakelijkheid een aangelegenheid is van het recht waarnaar de bewuste corporatie is opgericht (art. 10:119 aanhef en onderdeel d en e BW). Hoewel deze kwestie in het IPR nog niet volledig is uitgekristalliseerd, lijkt een mogelijkheid te bestaan om, in gevallen van misbruik, op grond van art. 10:8 lid 1 BW het incorporatierecht terzijde te stellen ten gunste van het Nederlands recht.³³ Mocht art. 2:11 BW echter in een voorkomend geval 'bij de grens stoppen', dan kan ter aansprakelijkstelling van de achterliggende natuurlijk persoon nog steeds toevlucht

worden gezocht in niet-kwalitatieve (directe) aansprakelijkheid zoals die uit onrechtmatige daad.³⁴

4.3. Verminderde invloed van de AV

Een mogelijke schaduwzijde van het betrekken van meerdere personen bij de uitoefening van de commissaristaak zou kunnen worden gevonden in de rechten van de AV als benoemend orgaan. Door Huizink is gesteld dat benoembaarheid van een rechtspersoon benoeming van de tweedegraadsfunctionaris(sen) – bij de rechtspersoon-commissaris onder meer de vertegenwoordiger(s) – buiten de onmiddellijke invloedssfeer van de AV brengt.³⁵ Alhoewel deze constatering zonder meer juist is, hoeft dit niet af te doen aan de wenselijkheid van de rechtspersoon-commissaris. Middellijke invloedsuitoefening bestaat immers als reële mogelijkheid en is zelfs staande praktijk bij opdrachtverlening aan andere toezichthoudende actoren zoals accountants, aan wie ex art. 2:393 lid 1 BW ook in georganiseerd verband opdracht kan worden verleend. De AV kan deze indirecte invloed uitoefenen op basis van door haar van de aspirant-commissaris te eisen transparantie omtrent de interne vormgeving van de rechtspersoon-commissaris en de beoogde werkwijze in geval van benoeming. Daarbij dient vooropgesteld te worden dat de AV vrij is iedere door haar gewenste persoon te kiezen en dat zij om die reden wegens de uitbreiding van de benoembare personen tot rechtspersonen naast natuurlijke personen zelfs méér keuzevrijheid zou genieten. Wanneer via benoeming van een rechtspersoon de invloed op selectie van bij de taakvervulling betrokken natuurlijke personen in feite door de AV wordt gedelegeerd, houdt dit een 'invloedsbeperking' in die de AV zichzelf oplegt. Gezien de keur aan gewichtige onderwerpen waarover de AV bevoegd is te beslissen is een duidelijke reden om de AV in dit verband voor zichzelf in bescherming te nemen moeilijk voorstelbaar.

4.4. Op natuurlijke personen géente regelgeving

De op commissarissen van toepassing zijnde regelgeving gaat uit van de beperking tot natuurlijke personen.

30. Evenzo Van Schilfgaarde, waar hij stelt dat 'in misbruik van de N.V.-vorm (...) de exclusieve aansprakelijkheid van de N.V. [haar grens vindt]' (P. van Schilfgaarde, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het N.V.-recht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1970, p. 11).

31. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3 (MvT). Zie ook: Hof Den Haag 27 april 2006, *JOR* 2006/260, r.o. 4 (*Palland/Reuser q.q.*).

32. Huizink 1989, a.w., p. 122.

33. Door Assink is voor dergelijke misbruiksituaties onverkorte toepassing van art. 2:11 bepleit (noot bij Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, *JOR* 2013, afl. 3 (*Van der Meer q.q./Pieper*)). Dit resultaat kan worden bereikt door toepassing van het recht met een 'nauwere band' (art. 10:8 lid 1 BW). In deze zin: H.L.E. Verhagen, noot bij HR 21 juni 2013, *JOR* 2013, afl. 9 (onder 5). Vgl. C.D.J. Bulten, 'De (on)mogelijke perforatie van een buitenlandse rechtspersoon op grond van art. 2:11 BW', *Ondernemingsrecht* 2014, afl. 9. Misbruik als rechtvaardiging van uitzondering op het incorporatiestelsel lijkt te stroken met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de prejudiciële beslissing inzake Inspire Art besliste het HvJ dat een regeling als vervat in art. 2-5 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen – een wet waarmee is beoogd misbruik van buitenlandse vennootschappen te verhinderen door terzijdestelling van het incorporatierecht – in strijd is met de vrijheid van vestiging, doch dat een vennootschap het recht op een beroep op deze vrijheid kan worden ontnomen wanneer 'er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond' (HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, r.o. 105 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.*)).

34. M. Zilinsky, 'Het arrest Inspire Art: het einde van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen?', *WPNR* afl. 6558, p. 134.

35. Huizink 1989, a.w., p. 122. Een interessante vraag is of dit op afstand plaatsen van 'functionarissen' maakt dat zij niet meer hebben te gelden als institutioneel betrokkenen. Als dit het geval is, dan vallen zij buiten de directe werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Het handelen van een benoemde rechtspersoon moet worden onderscheiden van benoeming van functionarissen door derden, zoals de benoeming van bestuurders van verenigingen door andere personen dan leden (art. 2:37 lid 3 BW), welke bestuurders ook wel worden aangeduid als 'extern orgaan' (F.C. Kollen, *De vereniging in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 52). Nu de tweedegraadsfunctionarissen in het geval van een rechtspersoon-commissaris niet in een wettelijke of statutaire functie zijn benoemd, laat deze vraag zich niet gemakkelijk beantwoorden. Het begrippenapparaat kan in dit kader reeds voedingsbodem zijn voor uitvoerige discussie (vgl. F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap* (diss. Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 88-90). Beantwoording gaat derhalve het bestek van deze bijdrage te buiten. Desalniettemin ligt in de rede dat omgang met deze verhouding niet anders zou liggen dan bij de rechtspersoon-bestuurder.

Hierom is het mogelijk dat bepaalde bepalingen zich niet eenvoudig laten toepassen op de benoemde rechtspersoon. Een eerste voorbeeld is Bpb III.1.3 Code, waarin is bepaald dat het RvC-verslag melding dient te maken van informatie over benoemde personen zoals geslacht en leeftijd. Op eenzelfde wijze laten rechtspersonen zich moeilijk passen in genderquota (art. 2:166 BW) en de maximering van het aantal in één persoon te verenigen commissariaten (art. 2:142a/252a BW). Ook de Code-bepalingen omtrent onafhankelijkheid en tegenstrijdig belang zijn toegesneden op benoemde natuurlijke personen (Bpb III.2.2 respectievelijk Bpb III.6.1 Code); beide bepalingen zien op de natuurlijke persoon en diens familiale banden, maar niet op de wijze waarop een benoemde rechtspersoon zich verhoudt tot de natuurlijke personen die bij zijn taakuitoefening zijn betrokken.

Als voorbeeld kan verder dienen het door de Code voorgeschreven RvC-reglement. Ex Bpb III.1.1 Code dient in dit reglement te worden ingegaan op de werkwijze van het college. Nu de rechtspersoon-commissaris een de facto extern element inbrengt in het college en omdat overige natuurlijke personen in de RvC in beginsel slechts in direct contact staan met de ter vergadering aanwezige vertegenwoordigers van de rechtspersoon, is het van belang dat de mogelijke wijzigingen in groepsdynamiek die benoeming van een rechtspersoon kunnen meebrengen worden meegenomen in het reglement. Het lijkt dan ook niet onverstandig om een Code-bepaling toe te spitsen op de verhouding van de RvC tot de rechtspersoon-commissaris en diens organisatie. Dit geldt op gelijke wijze voor de evaluatie van het functioneren van de RvC (Bpb III.1.7 Code) en de op te stellen profielschets (Bpb III.3.1 Code). Het moge blijken dat aanpassing van de beperking tot natuurlijke personen een bredere herziening van de regulering van commissarissen vereist.

5. Conclusie

De beperking van de kring van tot commissaris benoembare personen in art. 2:140/250 lid 1 BW is tot stand gekomen als resultaat van een beperkte gedachtewisseling. Uit de hierin getoonde mate van aandacht en onderbouwing volgt dat de oordeelsvorming omtrent de beperking zich niet volledig lijkt te hebben ontwikkeld. Nader bezien kan de rechtspersoon-commissaris enige voordelen met zich meebrengen. Ondersteuning van de taakvervulling in een professionele organisatie kan maken dat meer tijd en specifieke deskundigheid worden aangewend voor de taakuitoefening. De ontwikkeling naar een dergelijke organisatie kan worden bevorderd door het faciliterend raamwerk dat privaatrechtelijke rechtspersonen bieden.

De gesignaleerde probleempunten blijken goeddeels te ondervangen. Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat er in dit verband een belangrijk verschil is tussen de aard van de bestuursfunctie en de toezichtsfunctie. Verder kan de AV, wanneer behoefte bestaat aan persoonlijke continuïteit in de RvC, een natuurlijk persoon benoemen dan wel deze continuïteit bedingen bij de te benoemen rechtspersoon. Ten aanzien van het risico van misbruik van rechtspersoonlijkheid ter ontduiking van kwalitatieve aansprakelijkheid geldt dat deze kan worden

bestreden door uitbreiding van art. 2:11 BW tot het commissariaat. Verder vormt het verlies van invloed op de selectie van natuurlijke personen door de AV ten gunste van de benoemde rechtspersoon geen bezwaar, daar het de AV vrijstaat zichzelf deze beperking op te leggen. Ten slotte is van belang dat de regulering van commissarissen naar huidig recht is geënt op natuurlijke personen, om welke reden de uitbreiding van benoembare personen een bredere herziening van de op het commissariaat van toepassing zijnde regelgeving zou vereisen.

Ook wanneer de mogelijke voordelen zich in de praktijk niet of slechts in beperkte mate manifesteren, volgt uit het voorgaande dat niet van overtuigende redenen blijkt om de vennootschap via art. 2:140/250 lid 1 BW bij benoeming van commissarissen de keuze tussen natuurlijke personen en rechtspersonen te onthouden. De logische gevolgtrekking uit deze combinatie van overkomelijkheden en mogelijke voordelen is de wenselijkheid van openstelling van het commissariaat voor rechtspersonen.